

DERECHO COMUNITARIO, LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL

La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña¹

SUMARIO. 1. APROXIMACIÓN. 2. EL CONTEXTO LEGAL, SOCIAL Y ECONÓMICO. 3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y ACCESO A LAS PRESTACIONES SOCIALES. EXTENSIÓN Y ALCANCE. 4. DIVERGENCIAS Y CONTRADICCIONES EN LAS NORMAS COMUNITARIAS. 5. LOS RASGOS O ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO AL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SUBSISTENCIA: 5.1. Naturaleza de las prestaciones sociales de subsistencia y libertad de circulación. 5.2. Estatutos jurídicos de ciudadanos comunitarios migrantes. 5.2.1. *La opción por el modelo de “residencia económica”*. 5.2.2. *Prestaciones sociales de subsistencia y trabajadores*. 5.2.3. *El estatuto ampliado o asimilado de trabajador*. 5.2.4. *Demandantes de empleo y Ciudadanos comunitarios económicamente inactivos*. 6. CONCLUSIONES

1- APROXIMACIÓN

El estudio del derecho a las “prestaciones sociales” en el marco normativo de la UE puede hacerse desde diversos enfoques. En primer lugar porque la expresión, prestaciones sociales o protección social, puede ser entendida en un sentido restringido (apegado al Sistema de Seguridad Social configurado como tal por cada uno de los Estados Miembros) o en sentido amplio, referida al conjunto

¹ Profesora Titular, Acreditada como Catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-4581P, “La jurisprudencia social del TJUE: de las libertades económicas y profesionales a la tutela del trabajador por cuenta ajena” y se enmarca en una línea de investigación de la autora a lo largo de muchos meses. Sobre esta cuestión puede verse, entre otros, el estudio “Derecho de residencia comunitario y protección social de subsistencia. La solvencia económica del ciudadano comunitario como condicionante de la solidaridad social”, en el Libro Colectivo *Libertades de circulación y derechos de protección social en la UE*, Edit. Juruá, de próxima publicación

de prestaciones o beneficios sociales conectados al Estado del Bienestar (en terminología inglesa social benefits). En segundo lugar porque puede orientarse hacia el estudio de los estándares mínimos que derivarían del Derecho de la UE sobre seguridad social a través del método abierto de coordinación. En tercer lugar porque puede enfocarse desde la protección social de los ciudadanos comunitarios que se trasladan a otros países de la UE desde su Estado de origen (ciudadanos “migrantes”) y, en este sentido, requiere el análisis de las reglas del Derecho de la UE en relación con las previsiones comunitarias sobre la libertad de circulación de las personas.

En este último sentido, que es la opción en este trabajo, el Derecho Comunitario de “coordinación” (es decir el conjunto de normas que ajustan los sistemas de seguridad social para resolver cuestiones transnacionales con el objetivo de proteger los derechos sociales de las personas que, al hacer uso de su libertad de circulación, pueden tener dificultad para cumplir los requisitos de acceso a esos derechos y para recibir la prestación correspondiente²) se ha configurado sin ambages por el TJUE como uno de los principales mecanismos de garantía del derecho a la libertad de circulación³ y, por tanto, las reglas previstas en el ámbito de la UE con esta finalidad deben conectarse con las previsiones en el acervo normativo sobre “ciudadanía de la Unión” y “libertad de circulación”, con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad (frontispicio de esa libertad comunitaria) en un ámbito concreto, a saber, en el acceso de los ciudadanos comunitarios “migrantes” al sistema de protección social del Estado Miembro de acogida.

De otro lado, el Derecho Comunitario, de “Ciudadanía” y de “libre circulación”, sigue planteando dudas sobre si todos los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación tienen reconocido un derecho absoluto o incondicionado a acceder a las prestaciones sociales que establece el Estado de la UE de acogida; o, por el contrario, ese derecho es limitado o condicionado y, en este caso, hasta dónde pueden extenderse las limitaciones que pudieran fijar los Estados Miembros en la materialización del que se dice estatuto jurídico de “Ciudadanía de la Unión”.

En particular, habrá que analizar si el derecho a la libertad de circulación como expresión del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad

² PENNINGS, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, 6ª edit., 2015, pág.6

³ -Entre otras, Sentencia de 1 de octubre de 2009 (Caso C-3/08, Asunto *Leyman*). Se decía entonces (apartado 41): “Sin embargo, no se discute que el objetivo del artículo 39 CE no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores migrantes perdieran las ventajas de seguridad social que les otorga la legislación de un Estado miembro. Tal consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad (véanse también las sentencias de 4 de octubre de 1991, *Paraschi*, C-349/87, apartado 22, y de 5 de octubre de 1994, C-165/91 *Van Munster*)”.

se ha desprendido hoy de toda connotación económica (que estuvo en el origen de la CEE) o, por el contrario, se ha iniciado un camino (¿sin retorno?) hacia la reafirmación y apuesta por la migración comunitaria económica y, con ella, el objetivo inicial (hoy, pareciera superado) de la consecución de un mercado único, tal y como preveía el TCEE. Si hoy el Derecho Comunitario de “ciudadanía” puede ser concebido como un conjunto de reglas o estándares que garantizan la libertad de circulación de todos los ciudadanos comunitarios y, en particular, de aquellas personas que no tienen o pueden probar vinculación alguna (directa o indirecta; inmediata o mediata) con el mercado de trabajo del Estado de la UE de acogida y, aún más específicamente, de las que tienen bajos ingresos o no disponen de recursos económicos suficientes y, por tanto, requieren de ayudas sociales (económicas o en especie) previstas en el sistema de protección social de dicho Estado, sea de Seguridad Social en sentido estricto o sea en sentido lato, con inclusión aquí de una materia fronteriza, la denominada “asistencia social”.

2-CONTEXTO LEGAL, SOCIAL Y ECONÓMICO

Este estudio es eminentemente jurídico y trata de precisar en estos momentos el significado de ese derecho en el contexto legal comunitario, teniendo en cuenta que en esta materia convergen normas de Derecho Originario, en la actualidad TFUE, que fijan reglas sobre Ciudadanía de la Unión y libertad de circulación. Y varias de Derecho Derivado que desarrollan aspectos diferentes de esa libertad, tales como el sistema gradual de residencia de los ciudadanos comunitarios en los países de la Unión (derecho de “ciudadanía”, Directiva 2004/38); libertad de circulación de los trabajadores (Reglamento 492/2011); coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamento 883/2004)...que precisan de una interpretación sistemática y finalista (no exenta de dudas, como veremos) para dar respuesta a la cuestión relativa al derecho de acceso a las prestaciones sociales para aquellos ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación. En efecto, permiten analizar la materia en su doble dimensión, la de igualdad de trato de los ciudadanos comunitarios que se trasladan desde su país de origen a otro Estado Miembro de la UE y la de prohibición de aquellos obstáculos (dicho de otra forma, la remoción de esos obstáculos) que pudieran limitar o impedir la libertad de circulación.

Estas normas, en su conjunto, exigen determinar el fundamento jurídico comunitario de la solicitud de prestaciones sociales (en especial, las de subsistencia) por los ciudadanos comunitarios que se encuentran en un Estado de la UE diferente al de su nacionalidad; si lo es sólo el principio de igualdad y no

discriminación por razón de nacionalidad o, por el contrario, este principio (su extensión y ámbito) queda a su vez condicionado a que el ciudadano comunitario pueda cumplir con los requisitos previstos en las normas comunitarias en la configuración de derecho de residencia “legal” en dicho Estado.

La interpretación sistemática de ese marco normativo comunitario requiere también su contextualización social y económica. Si las normas jurídicas son la respuesta y soluciones a problemas sociales y económicos del momento, en este caso hay que tener en cuenta que, por un lado, el propio contexto social y económico de la UE ha avanzado hacia objetivos que trascienden los intereses propios de los Estados Miembros, pero, por otro lado, la respuesta legal en el ámbito comunitario requiere de equilibrios entre las posiciones particulares de los Estados, que pueden no coincidir exactamente en los instrumentos, medidas... para cumplir con esos objetivos generales en los que, aparentemente, todos convergen. Habría, por tanto, que preguntarse cuáles son esos objetivos propios de la UE y cuáles los intereses nacionales de los Estados Miembros, atisbándose al respecto, y tal vez revitalizadas en estos momentos, posturas no exactamente coincidentes de las que derivan una tensión evidente entre las instituciones comunitarias y los Estados Miembros (o mejor expresado, entre algunos Estados Miembros) y entre éstos entre sí.

Desde los años 60 del SXX hasta la actualidad el contexto social y económico de la libre de circulación de personas en la CEE (hoy UE) ha cambiado profundamente. Nuevas relaciones de familia, por ejemplo, o situación de alto desempleo, bajo o negativo crecimiento, tasas demográficas casi nulas....han servido en la actualidad para volver a planteamientos que se pudieran entender superados o para reafirmar tendencias más propias de los años noventa del SXX. Inicialmente la libertad de circulación se conectó a una actividad económica (empleo o establecimiento de un negocio) como mecanismo para facilitar el objetivo económico del mercado común; posteriormente, se extiende también a los extrabajadores; a mediados de los años 70 del SXX se inicia por el TJUE una interpretación amplia del ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre libre circulación hacia diferentes categorías de ciudadanos económicamente inactivos (demandantes de empleo, estudiantes, entre otros); en los años 90 del SXX se promulgan diferentes directivas orientadas a fijar las reglas mínimas, comunes, del derecho o libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios con la finalidad de establecer los estándares de solidaridad financiera de los Estados Miembros. Estándares que ya entonces no se configuraron de forma absoluta o ilimitada.

Límite a la libertad de circulación que posteriormente se acepta por el TCE (actual TFUE), en el que, tras Maastricht, se introduce la “Ciudadanía de la Unión”, que hoy parece no sólo no reafirmada, sino, por el contrario, replanteada a partir del contexto socioeconómico antes apuntado, utilizado por algunos Estados

Miembros para proponer un control futuro a la migración comunitaria y promover un acceso limitado a los beneficios sociales, al Estado del Bienestar, del Estado de acogida.

En el trasfondo de la discusión está el modelo de solidaridad social y financiera que, con fundamento en la política comunitaria sobre cohesión social y económica, se reafirma desde comienzo de esta década por las instituciones de la UE. En efecto, desde el ámbito comunitario, la Comisión Europea ha adoptado dos importantes comunicaciones, una, “Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (denominada Estrategia 2020)⁴, que se orienta, entre otros objetivos, a la reducción y limitación de la pobreza y la exclusión social de los ciudadanos comunitarios; otra, sobre “Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves”⁵. Y ambas con especial atención a la protección social como instrumento o mecanismo idóneo para contribuir a la consecución de esos objetivos políticos, para consolidar la solidaridad personal y financiera entre los Estados Miembros y, en consecuencia, la integración socioeconómica de quienes tienen el estatuto de Ciudadano de la Unión.

La institución comunitaria se reafirma en estos documentos en la configuración de la libertad de circulación como un derecho fundamental de la UE e intenta contrarrestar aquellos movimientos o intereses nacionales de algunos de los Estados Miembros que, a partir de las dos ampliaciones de la UE (2004 y 2007) y de la crisis económica en muchos de ellos (en particular, en España, Grecia, Italia y

⁴ De 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020 final. En particular, el objetivo denominado “Crecimiento integrador: una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial” requiere de varias iniciativas, a nivel UE y a nivel nacional, a través de la que se expresa como “Plataforma europea en contra de la pobreza”, para conseguir que las personas que viven en la pobreza y en situación de exclusión social puedan vivir con dignidad y participar activamente en la sociedad. Con esta finalidad se promueven actuaciones en diferentes ámbitos, entre ellos en el relativo al acceso al empleo y a la protección social y servicios esenciales.

⁵ De 25 de noviembre de 2013, COM (2013) 837 final. Este documento se complementa con una comunicación anterior, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [[COM\(2009\) 313 final](#) de 2.7.2009] y otra posterior, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación [[COM\(2014\) 604 final](#) de 26.9.2014]

Es importante destacar que este documento afirma que las normas comunitarias establecen garantías sólidas a los Estados Miembros para ayudarles a luchar contra los **abusos y fraude** (advirtiendo de los supuestos en los que según la Comisión, conforme a la legislación comunitaria, sólo cabe entender que hay fraude o abuso del derecho a la libre circulación y residencia, tales como los matrimonios de conveniencia) y para que puedan establecer limitaciones o restricciones a la libertad de circulación por razones de orden y seguridad públicos.

Esta Comunicación se acoge también por otra institución comunitaria; véase la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE (2013/2960(RSP))

Portugal), mostraban su preocupación por el que se calificaba como ejercicio extralimitado (cuando no de *abuso* o *fraude*, se apuntaba) de la libertad de circulación intra-comunitaria con fundamento en dos hipótesis que aún hoy siguen sin confirmar las estadísticas. Una la de intensificación de la migración de demanda de empleo o de búsqueda de empleo, otra la de la migración orientada a la búsqueda de mejores condiciones de vida; lo que, con claro matiz peyorativo se ha denominado “turismo social”⁶. Preocupación que ha trascendido, más allá del plano político, a la solicitud (o exigencia, en algún caso) de nuevas y restrictivas reglas legales en el marco jurídico comunitario para prevenir ese fenómeno, y, en consecuencia, para redefinir el concepto comunitario de residencia y fijar límites al acceso a determinadas prestaciones sociales para los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos. Baste señalar aquí las arduas negociaciones de las Instituciones comunitarias con Gran Bretaña que se han producido hace pocas fechas ante la exigencia de este Estado Miembro de un mínimo de cuatro años de residencia en su territorio para que los ciudadanos comunitarios que viven en su país puedan acceder a determinadas prestaciones sociales (tales como entre otras, *child benefits*, *child tax credits*, *unemployment benefits*, *in-work* y *out-of-work benefits*)⁷. El resultado de las negociaciones puede consultarse en las

⁶ Son muy numerosos los estudios que encuentran pocas evidencias sobre que la motivación para residir en otro Estado sea la de percibir beneficios sociales. Y muchos son los que demuestran que la crisis económica no ha traído más movilidad de “búsqueda de empleo” en Europa; o que la tasa de empleo de los trabajadores inmigrantes sea mayor que la de los nacionales; véase BRÄUNINGER, D.: *Debate on free movement. Does the EU need new rules on social security co-ordination?* , 2015 https://www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_EN-PROD/PROD0000000000352881/Debate+on+free+movement%3A+Does+the+EU+need+new+rul e.pdf

Un estudio de 2013 mostraba que los ciudadanos comunitarios económicamente no activos que se trasladan a otro país son un porcentaje muy pequeño de beneficiarios de estas prestaciones sociales de subsistencia, ellos representan menos que 1% de todos los nacionales europeos beneficiarios en seis países estudiados (Austria, Bulgaria, Estonia, Grecia, Malta y Portugal) y entre 1% y 5% en otros cinco países (Alemania, Finlandia, Francia, Holanda y Suecia); estudio financiado por la Comisión Europea bajo el título “A fact finding analysis on the impact on the Member States’ social security systems of the entitlements of non active intra Eu migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the bases of residence”. Puede consultarse en file:///C:/Users/user/Dropbox/LIBRE%20CIRCULACI%C3%93N%20UE/UE/20131212%20GHK%20study%20web.pdf

Otro estudio de 2014 , POPTCHEVA, E-M.: *Freedom of movement and residence of EU citizens. Access to social benefits*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI\(2014\)140808_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI(2014)140808_REV1_EN.pdf) , demuestra que el porcentaje de los inmigrantes europeos económicamente inactivos en otro Estado Miembro se incrementó del 0,7% sobre el total de la población de la UE en 2003 al 1% en 2012, pero este grupo representa una tasa muy reducida sobre el total de la población de cada Estado.

⁷ Sobre las demandas de Gran Bretaña a las instituciones europeas y, en particular, la relativa a la reducción de las prestaciones sociales a los migrantes comunitarios, Véase DE WITTE, GRANT and PIRIS: *United Kingdom’s Renegotiation of its Constitutional Relationship with the EU: Agenda, Priorities and Risk*, 2015, en especial, pág. 6-8, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU\(2015\)536489_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU(2015)536489_EN.pdf)

Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, publicadas en el DOUE de 23 de febrero de 2016⁸, en especial su apartado relativo a “Prestaciones sociales y libre circulación”. Volveremos sobre este documento en otros apartados del estudio.

3- IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y ACCESO A LAS PRESTACIONES SOCIALES. EXTENSIÓN Y ALCANCE

Igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad es un principio general (estructural⁹) del Derecho de la Unión Europea; y es un derecho reconocido a los ciudadanos comunitarios “migrantes” desde diferentes enfoques, uno, el general, de libertad de circulación y de residencia; otro, más concreto, el de los derechos vinculados a aquella, como puede ser el relativo al acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida, en especial a las que pudiera identificarse como prestaciones sociales de “subsistencia” configuradas como tales en los respectivos Sistemas nacionales de Protección Social.

No obstante el citado principio, aceptado también como fundamento del Derecho Internacional, ha planteado dudas sobre su extensión y alcance, subjetivo y objetivo, cuando se trata de determinar si es o no absoluto y si pueden establecerse diferencias entre los distintos colectivos de ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación intracomunitaria. Lo que, con carácter general, implica determinar si la Ciudadanía de la Unión, introducida en 1992 por el Tratado de Maastricht, hoy TFUE, es un estatuto jurídico único y homogéneo que pueden invocar todos los ciudadanos comunitarios que, con independencia de su situación personal, social y económica, circulan por la UE. O, por el contrario, es un concepto residual, y limitado, que admite la pervivencia del criterio de solvencia

También GLENNIE A. y PENNINGTON, J: *Europe, Free Movement and the UK charting a New Course*, IPPR, London, 2014. Puede consultarse en http://www.ippr.org/files/publications/pdf/free-movement-EU-UK_April2014.pdf?noredirect=1; estudio que intenta una aproximación equilibrada entre los objetivos de la UE y las demandas del gobierno de Gran Bretaña. Analizan los autores las propuestas que, desde diversas instancias, provienen de Gran Bretaña y proponen, a su vez, ciertas recomendaciones en esta materia, en concreto a nivel de la UE, tales entre otras: renegociar el principio de exportabilidad cuando el Estado de origen sea responsable de la cobertura de cualquier prestación solicitada por sus nacionales durante un mínimo de 6 meses; reformar la Directiva sobre ciudadanía para que al menos *child benefits* (ayuda por menor a cargo) o *tax benefits* (crédito fiscal por menor a cargo), cuando los hijos del ciudadano comunitario no residan en el Estado de acogida, se paguen en la misma cantidad que ofreciera el Estado donde viven los hijos.

⁸ Véase ROJO TORRECILLA: E.: “Europa menos social. Migraciones y Reino Unido. Notas sobre las conclusiones del Consejo Europeo celebrado el 18 y 19 de febrero”(II). <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/02/europa-sera-menos-social-migraciones-y-21.html>

⁹ MANGAS, A. (Dtora): Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Fundación BBVA, 2008, pág.405

económica de quien, como ciudadano comunitario, desea hacer uso de su derecho a la libertad de circulación y residencia en Estado diferente al de su nacionalidad. Solvencia económica derivada o bien de la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (es decir de la actividad económica) o bien de la condición personal de suficiencia económica personal o familiar.

En el fondo está la difícil solución a la búsqueda de un equilibrio entre posiciones maximalistas, políticas, sociales y económicas, y la articulación de reglas en un Derecho como el comunitario que en esta materia, como en otras muchas, adopta soluciones de compromiso entre los intereses nacionales de los Estados Miembros (que pueden no ser coincidentes) con el de las instituciones comunitarias para lograr un modelo de solidaridad social y económica. Los objetivos políticos de la UE deben cohonestarse con los intereses económicos de los Estados Miembros en un aspecto que incide en la preservación de sus finanzas y recursos financieros públicos. Esta relación o equilibrio inestable ha sido constante en la articulación de las reglas legales que conforman el marco normativo del Derecho de la UE sobre libre circulación y derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios, entre ellas entre sí, y en la aplicación efectiva de las mismas en los Derechos nacionales de los Estados Miembros y, por último en la Jurisprudencia del TJUE que ha debido interpretar aquellas reglas y pronunciarse sobre el grado de adecuación de las normas nacionales al Derecho Comunitario, sea al Derecho Originario y sea al Derecho Derivado.

Es cierto que, con el objetivo inicial orientado hacia la integración de los mercados, la libertad de circulación de las personas económicamente activas ha sido concebida, legal y jurisprudencialmente, en sentido amplio o extensivo, y, por tanto, como instrumento o mecanismo de garantía efectiva de esa libertad debía entenderse comprendido también su derecho a solicitar en el Estado de acogida las mismas prestaciones sociales que éste concedía a sus nacionales, con independencia de que fueran o pudieran entenderse directamente relacionadas con su contrato de trabajo. Esos beneficios sociales se entendían comprendidos en el término ambiguo o impreciso que el Derecho Derivado comunitario sobre libre circulación de los trabajadores ha identificado con la expresión “ventajas sociales” (art.7º Reglto 492/2011).

Esta concepción amplia o extensiva se entendía complementaria de las previsiones en el Derecho Originario sobre las reglas de coordinación en materia de seguridad social, que, como se sabe, se completaron con las previstas en el Derecho Derivado sobre “protección social” (hoy Reglamento 883/2004). Derecho Derivado que en su campo objetivo de aplicación incluye a las denominadas “*prestaciones económicas especiales no contributivas*” pero excluye la “asistencia social”, que aparece en la Directiva de “Ciudadanía” (Directiva 2004/38) como límite a la protección social que pueden establecer los Estados Miembros de acogida para determinados colectivos, los económicamente inactivos, de

ciudadanos comunitarios “migrantes”. En efecto, esta norma comunitaria expresa (Cdo 10) que “conviene evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida durante un primer período de estancia”.

En este ámbito, es cierto, hasta la fecha parece haber existido consenso en una aceptación de la interpretación amplia del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad cuando el ciudadano comunitario es trabajador. Tal y como demuestra la Jurisprudencia del TJUE a partir del Reglamento inicial, 1612/68, incluyendo el concepto ampliado de prohibición de discriminación indirecta por razón de nacionalidad. Y, por consiguiente, las excepciones a la aplicación de ese derecho (derivadas de cuestiones relacionadas con el orden público, la seguridad pública o la salud pública) se expresan y desarrollan en los Reglamentos comunitarios basados en el art.45 TFUE (Reglamentos 883/2004 y 492/2011, de coordinación de protección social y de libertad de circulación, respectivamente).

El otro colectivo, el de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos, ha planteado discusión acerca si éstos que hacen uso de su libertad de circulación tienen en el ámbito comunitario reconocido el derecho a la igualdad de trato por razón de nacionalidad en los mismos términos que los trabajadores. No se trata de utilizar un criterio de asimilación o de aproximación gradual de aquéllos a éstos, sino, por el contrario, indagar si la “Ciudadanía de la Unión” permite configurar un estatuto jurídico único, homogéneo, mínimo o básico, para todos los ciudadanos comunitarios, económicamente activos e inactivos, del que derivara el derecho a acceder a las prestaciones sociales de subsistencia en el Estado de la UE de acogida en condiciones de igualdad respecto de los nacionales de ese país.

Desde esta perspectiva de análisis, los ciudadanos comunitarios trabajadores y ciudadanos comunitarios no trabajadores, cuando ambos son migrantes en el seno de la UE, no cabe hoy entenderlos como sujetos plenamente equiparados a estos efectos (el de acceso a esas prestaciones sociales) pese a que el TFUE (como ya hicieran sus predecesores¹⁰) proclama el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. No puede olvidarse que esta norma comunitaria de Derecho Originario trata separadamente ese principio, para trabajadores, en el art.45; para el resto de ciudadanos comunitarios, en el art.21, conectado, en este caso, a la Ciudadanía de la Unión (art.18)¹¹. Y lo más

¹⁰ TCEE, art.7º; TCE, art.12

¹¹ -Expresan esos preceptos, incluidos en la Segunda Parte del TFUE (No discriminación y Ciudadanía de la Unión), lo siguiente:

Art.18: “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad”

Art.20: 1. “Se crea la Ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se une a la ciudadanía nacional, sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sometidos a los

importante, la consecuencia jurídica, a saber, el carácter casi absoluto, hasta la fecha, del principio de igualdad y no discriminación para los trabajadores en el ámbito concreto de la protección social; y, por el contrario, el carácter limitado o condicionado del principio de igualdad y no discriminación para los que no cabe definir como tales en el acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida. Es cierto que el TJUE había declarado que la libertad de circulación es fundamento de la Ciudadanía de la Unión; tiene un efecto directo¹² y debe ser interpretada ampliamente; por tanto, y en consecuencia, las condiciones y limitaciones que el Derecho Derivado de Ciudadanía pudiera imponer al respecto debían considerarse restrictivamente.

En apretado resumen de la jurisprudencia del TJUE de finales del SXX y hasta la primera década del SXXI, podríamos fijar el origen de esa doctrina flexible y ampliadora en la Sentencia de 12 de mayo de 1998 (Caso C-85/96, Asunto *Martínez Sala*¹³), en la que introdujo expresamente una conexión o relación entre la Ciudadanía de la Unión y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales (en el caso, la denominada prestación de crianza alemana) y, por tanto, derivada del Derecho Originario (hoy art.18 TFUE). Resolución a la que siguieron otras en contextos o materias diferentes, y en particular en aquellos casos en los que se discutía el derecho de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos (y los miembros de su familia) a acceder a beneficios sociales cuando las Directivas vigentes en los años

deberes establecidos de los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.... Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos.”

¹² -En el sentido, como expresó el TJUE por primera vez en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Caso C-413/99, Asunto *Baumbast*, de que, de forma clara y precisa, garantiza el derecho de todo ciudadano de la Unión a ejercer su derecho de residencia.

Véase CRESPO NAVARRO, E.: “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.28, 2007, pág.903 y ss. También SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. : “ A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del TJUE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.26, 2008, pág.218-219

¹³ En la que se plantea el derecho de una ciudadana comunitaria (de nacionalidad española) a obtener los beneficios de la prestación de crianza en Alemania cuando no dispone en esos momentos de un permiso de residencia en ese país como trabajadora. En esta ocasión el TJUE advierte que dado que todos los ciudadanos de la UE son titulares de un derecho de residencia en cualquier Estado Miembro, al ejercer ese derecho todos están incluidos en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagrados a la ciudadanía de la Unión. Un resumen y valoración de esta Jurisprudencia del TJUE a partir de *Martínez Sala* puede verse en MARTÍN VIDA, M^a.A.: “La dimensión social de la ciudadanía de la Unión: con especial referencia a la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones sociales”, *ReDCE*, núm.8, 2007

90 de SXX coincidían en reconocer limitada o condicionalmente el derecho de residencia a esos ciudadanos¹⁴.

Las sentencias de 20 de septiembre de 2001 (Caso C-184/99, Asunto *Grzelczyk*), de 11 de julio de 2002 (Caso C-224/98, Asunto *D'Hoop*), de 15 de marzo de 2005 (Caso C-209/03, Asunto *Bidar*)... entre otras, continuaron aplicando ese principio general en el ámbito de las becas o ayudas de manutención y/o alojamiento¹⁵; y se extendió claramente a las prestaciones asistenciales solicitadas por demandantes de empleo (Caso C-138/02, Asunto *Collins*, sentencia de 23 de marzo de 2004¹⁶) o por quienes, pese a realizar una actividad, pudieran no entenderse como trabajadores en el sentido comunitario (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Caso C-456/02, Asunto *Trojani*¹⁷) pero disfrutaban de un permiso de residencia en el Estado de acogida y no disponían de suficientes recursos económicos.

¹⁴ Recuérdesse que se trata de las siguientes: Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, Directiva 90/366/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los estudiantes, y Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia (para los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como para los miembros de sus familias). En todas ellas se advertía en los Considerandos que: “ los beneficiarios del derecho de residencia no deben suponer una carga excesiva para el erario del Estado miembro de acogida”

¹⁵ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: “Movilidad de estudiantes y ciudadanía de la Unión: un análisis a través de la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED, núms.27 y 28, 2014 y 2015 pág.231 y ss. Apuntaba la autora cómo la labor del TJUE al respecto pudiera definirse como de “dar y tomar” y concluía indicando la “dificultad objetiva de encontrar un equilibrio ente la solidaridad y la repercusión excesiva sobre los Estados Miembros”, pág.256

¹⁶ En la que el TJUE se pronunció sobre el derecho del Sr.Collins (nacional irlandés) a percibir el subsidio para demandantes de empleo en Gran Bretaña, que le había sido denegado porque no tenía su residencia habitual en ese país aun cuando se encontraba en su territorio como demandante de empleo en el sector de los servicios sociales. En esta sentencia el TJUE utiliza expresamente los argumentos de las sentencias *Grzelczyk* y *D'Hoop*.

Advirtiendo que esta sentencia podría entrar en conflicto con la entonces nueva Directiva 2004/38 y analizando sus consecuencias sobre el Estado del Bienestar, véase GOLYNKER, O.: “Jobseekers’ rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity”, *E.L.Rev.*, núm.30, 2005, pág.111 y ss, en la que se avanzaba ya la cuestión relacionada con el “turismo social” (welfare tourism). Planteaba la autora entonces, “the crux of the matter is whether it is justifiable to extend full social membership to migrants whose affiliation to the host society can be described only in terms of potentiality of becoming economically active bona fide contributors” (pág.122)

También sobre demandantes de empleo, Sentencia de 25 de septiembre de 2005, Caso C-C-258/04, Asunto *Ioannidis*.

¹⁷ Es el supuesto de un ciudadano francés que, viviendo en Bélgica, solicita la prestación de “minimex”, prestación no contributiva de mínimo asistencial cuando nunca había trabajado en ese país aunque llevaba un tiempo realizando servicios para el albergue en que vivía a cambio de una pequeña asignación para sus gastos en el marco de un proyecto de integración o reinserción individual

Son estas resoluciones ejemplos de cómo ya entonces el TJUE se encontraba ante la difícil situación de búsqueda de equilibrio entre el derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y la preservación de los sistemas de asistencia social de los Estados Miembros, optando entonces por reconocer que el Derecho de la UE exige un cierto grado de solidaridad financiera (o solidaridad económica) de los Estados Miembros de acogida, condicionado, es cierto, a que los ciudadanos comunitarios migrantes no llegaran a ser una carga excesiva para las finanzas públicas del Estado en cuestión. Equilibrio (¿interpretación finalista?) que exigía, a su juicio, aplicar un criterio de valoración individual; tener en cuenta las circunstancias concretas con fundamento en el *criterio de proporcionalidad*, que exigía, expresaba entonces el Tribunal, determinar si la condición o limitación impuesta por el Estado de acogida es apropiada y necesaria “para conseguir la finalidad perseguida”¹⁸ (esto es, la sostenibilidad del sistema nacional de protección social); y verificar el grado de integración (*real o genuine link*) en el Estado de acogida de acuerdo a diferentes factores que el TJUE fue perfilando, entre otros, el tiempo de estancia en ese país, el tiempo de educación, de trabajo previo en el mismo, o de búsqueda “efectiva y real” de empleo en el Estado de acogida....

La fórmula empleada, y reiteradamente utilizada, por el TJUE era la siguiente:

“La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico” (Sentencia *Grzelczyk*, apartados 31 y 31; *Collins*, apartado 61)

Y la consecuencia más apreciable desde la perspectiva de este estudio: la apuesta entonces por el TJUE por un concepto de “ciudadanía de la Unión” independiente, esto es, desvinculada de una actividad económica o profesional del ciudadano comunitario “migrante”¹⁹.

No obstante esta primera orientación del TJUE, en la actualidad se ha reabierto (porque tal vez nunca se ha cerrado) el debate sobre el efecto que desde un punto de vista legal puede jugar la declaración formal de la Ciudadanía de la Unión en la configuración del derecho a la igualdad de trato en relación con los ciudadanos nacionales del Estado de acogida en el ámbito de la protección social, y más concretamente, en el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia

¹⁸ Véase Casos C-209/03 (Aunto *Bidar*); C-413/99 Asunto *Baumbast*....

¹⁹ JUÁREZ PÉREZ, P.: “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Univ.Carlos III de Madrid, Vol.3, núm.2, 2011, pág.264”

basadas en la demostración de un estado de necesidad del sujeto que las solicita en el Estado en que se encuentra.

Debe advertirse que no hay un derecho armonizador de la UE que, hasta la fecha, fije un mínimo de subsistencia en todos los Estados Miembros. También ha de recordarse que éstos tienen reconocida su competencia para configurar el ámbito y extensión de su sistema de protección social, sea su sistema de seguridad social propiamente dicho (desde la perspectiva española, en su dos niveles, profesional-contributivo y no contributivo), sea sus prestaciones de asistencia social, que formalmente pudieran quedar al margen de la Seguridad Social en sentido estricto. No obstante la ausencia de norma legal comunitaria armonizadora, recuérdese también que el TJUE estableció que en esa tarea nacional debía atender cada Estado los requerimientos del acervo comunitario; y, por tanto, habría que añadir, las exigencias del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Difícil tarea y no exenta de críticas cualquiera que sea la opción porque no hay unos criterios objetivos claros en el acervo normativo comunitario actual para determinar sin fisuras y contradicciones cuál haya de ser el equilibrio entre la garantía de ese derecho en el acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida y la garantía o salvaguarda también de los respectivos sistemas de protección social, para evitar el riesgo de que los (algunos) ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación se conviertan en una excesiva carga para sus finanzas públicas.

4- DIVERGENCIAS Y CONTRADICCIONES EN LAS NORMAS COMUNITARIAS

El Derecho Comunitario Derivado desarrolla y en cierta medida precisa (o reconfigura) el alcance del derecho a la libertad de circulación y de residencia desde la perspectiva de las prestaciones sociales, en especial, las de subsistencia. Si, tanto las normas comunitarias sobre ciudadanía como las de protección social, responden al objetivo de promoción y garantía de aquel derecho, la relación o conexión entre ellas debería ser clara e indubitada y, por tanto, debería caber una aplicación concurrente de sus previsiones no conflictiva bajo los criterios de interpretación y aplicación de normas simultáneamente vigentes en el tiempo. Por el contrario, la relación entre el Derecho comunitario de ciudadanía y el Derecho Originario, por un lado, y entre aquellas normas y las comunitarias de protección social, por otro, encierran contradicciones en la configuración, desde sus

respectivos ámbitos, del derecho ligado al de libertad de circulación, esto es, el de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia²⁰.

Planteemos en primer lugar, algunas de las divergencias en el marco normativo sobre “ciudadanía” y libre circulación.

Por un lado, la Directiva 2004/38 establece un sistema gradual de residencia e impone las condiciones para residir en el Estado de acogida en cada uno de los intervalos temporales que establece (hasta tres meses; de tres meses a cinco años; más de cinco años. Arts.6º, 7º y 16, respectivamente). En especial, en el intervalo intermedio, el de tres meses a cinco años, atiende a un criterio, el de *solvencia económica* derivada, bien de la condición de trabajador del ciudadano comunitario migrante, bien de la autosuficiencia económica porque el ciudadano posea recursos suficientes para sí mismo y su familia (art.7º.1 Directiva). Dicho de otro modo, la norma comunitaria, si relacionada con el TFUE, supedita el derecho de residencia de los ciudadanos no activos a una cláusula de no dependencia económica o de coste cero para el sistema nacional de asistencia²¹.

La primera cuestión que plantea la norma comunitaria es la relativa al fundamento del criterio utilizado, y enlaza con el objetivo o finalidad de la misma. Porque, si bien es cierto que pudiera afirmarse que esta norma incorpora en parte la jurisprudencia del TJUE anterior a su entrada en vigor, también lo es que incluye una limitación, la prevista en el art.24.2, que no se corresponde con la construcción extensiva que hasta el momento había formulado el alto tribunal. En efecto, así como para los ciudadanos con residencia de larga duración o permanente o trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia (cuya residencia sea superior a tres meses) la Directiva prevé, art.24.1, igualdad de trato de éstos respecto de los nacionales del Estado de acogida en el acceso a las prestaciones de asistencia social, la norma comunitaria permite que este Estado no conceda esas prestaciones: 1) durante los tres primeros meses de residencia; 2) más allá de los

²⁰ Ésa es la opinión de la doctrina científica, española y foránea, y cualquiera que sea la posición al respecto, tanto si se opta por una interpretación restrictiva o, por el contrario, extensiva, del derecho a la libertad de circulación a estos efectos.

Así, calificando el contexto normativo como “legal uncertainty, confusion and incoherence...”, VERSCHUEREN, H.: “EU migrants and distitution: The ambiguous EU objectives”, en PENNINGS, F. and Vonk, G. (Edit.) *Research Hanedbook on European Social Security Law*; Elgar Edic., UK, 2015, pág.433; del mismo autor: “Free movement of persons in the EU and social rights: an area of conflicting secondary law instruments”, *ERA Forum*, 2011; HAILBRONNER, K. “Union Citizenship and Access to Social Benefits”, *CML Rev.* Núm.42, 2005, pág.1264; THYM, D.: “The elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens”, *CML Rev.*, núm.52, 2015, pág.21.

Detenidamente, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo”, *La Ley Unión Europea*, núm.2, dic.2015, pág.2 y ss

²¹ Ampliamente, CAICEDO CAMACHO, N: “La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJUE sobre el disfrute de las prestaciones sociales ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?”, *REAF*, núm.19, 2014, pág.126

tres primeros meses de residencia a quienes pueden ser considerados solicitantes de empleo (Art. 24.2 Directiva), aunque no puedan ser expulsados mientras demuestren que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados (art.14.4.b Directiva).

La cuestión entonces es el criterio para valorar esas limitaciones legales, si son excepciones al principio de igualdad (y, por tanto, han de ser interpretadas restrictivamente) o, por el contrario, se trata de la materialización de uno de los objetivos de la Directiva. O, de otra forma expresado, si ésta es complemento del Derecho Originario y, por tanto, fija las reglas de ejercicio de los derechos de libre circulación y de residencia o, por el contrario, ha de interpretarse como una norma que limita y condiciona esos derechos para los ciudadanos económicamente inactivos.

En este sentido, la jurisprudencia actual del TJUE deja claro que esa norma comunitaria responde a dos objetivos, no exactamente coincidentes; a saber, uno, el de “facilitar o reforzar el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión de circular y de residir libremente” (Sentencia *Brey*²², apartados 70, 71 y 72) y otro, el de “evitar que los ciudadanos nacionales de otros Estados Miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado Miembro de acogida” (Sentencia *Dano*²³).

Si ello es así, surge una duda nueva, la referida a los criterios de aplicación para materializar esos objetivos. En efecto, si el segundo de lo apuntados se perfila, tal y como ahora se mantiene por el TJUE, como condición del primero, habrá que fijar los parámetros que precisen y objetiven esa condición legal. Si el objetivo es la solvencia económica del ciudadano comunitario que se encuentra en el Estado de acogida de la UE durante el período de tres meses a cinco años, habrá que determinar y precisar el concepto de trabajador (por cuenta ajena o por cuenta propia), en particular, determinar hasta dónde cabe extender el concepto comunitario de trabajador a efectos de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia; y del mismo modo, con la misma certeza habría que determinar cuándo un ciudadano comunitario no es trabajador a estos efectos y, en consecuencia, los criterios que permiten compatibilizar el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad con el enfoque gradual y proporcional que adoptan las normas comunitarias sobre residencia y en particular con la configuración condicional del derecho a acceder a prestaciones sociales en el Estado de acogida.

Al respecto, los criterios derivados de la Directiva 2004/38 son ambiguos y permiten que el TJUE oscile desde una interpretación amplia del derecho a la

²² Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Caso C-140/12

²³ Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Caso C-333/13

contraria, tal como veremos a continuación. Interpretaciones de signo contradictorio (también en la doctrina científica) que pudieran derivarse de la solución legal adoptada, puesto que la Directiva de “Ciudadanía” utiliza conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellos, “carga excesiva” para el sistema de asistencia social, que se configura como límite de la solidaridad financiera aceptada por la Directiva; o “recursos suficientes” del ciudadano que neutralizaría el anterior. De los que derivan un criterio jurisprudencial, el de proporcionalidad, que se aplica para ponderar los derechos que se despliegan en planos paralelos, el del ciudadano comunitario a solicitar prestaciones de subsistencia en el Estado de acogida; y el de éste para preservar o salvaguardar sus finanzas públicas y, en consecuencia, para medir hasta dónde ha de aceptar el Estado Miembro de acogida un grado de solidaridad financiera o económica atendiendo las solicitudes de prestaciones de subsistencia de quienes son ciudadanos comunitarios, no tienen suficientes recursos personales y familiares y se encuentran en su territorio.

La segunda perspectiva de análisis del acervo comunitario refiere a la conexión entre las normas sobre libre circulación y las de coordinación de la protección social. Si comparadas estas normas, resulta que aquellas, las de ciudadanía o libre circulación, apuestan por un modelo gradual de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad; categoriza a los ciudadanos comunitarios “migrantes”, distinguiendo entre los económicamente activos y los económicamente inactivos y, en particular, introduce un criterio de distinción, el de “solvencia económica”, del que deriva una zona gris de precario estatuto de residente; y utilizan unos términos, ventajas sociales y asistencia social, en la delimitación del ámbito de protección social de subsistencia a efectos de libre circulación que no se definen de forma precisa por las normas comunitarias.

Por el contrario, el Derecho Comunitario de coordinación abandona cualquier definición o categorización de personas que hacen uso de su libertad de circulación intracomunitaria (a diferencia de su precedente, que sólo incluía a los trabajadores); se basa en un modelo de residencia habitual o de hecho en el Estado Miembro de la UE para solicitar prestaciones sociales de subsistencia; e introduce un concepto, el de *prestaciones económicas especiales no contributivas* que difiere, al menos en apariencia, del de asistencia social, puesto que ésta, la asistencia social, queda al margen del ámbito material de aplicación de las normas comunitarias sobre coordinación de protección social, en los términos que indica el Reglamento 883/2004.

Por tanto, no es posible aplicar concurrentemente, de forma no conflictiva, estas normas comunitarias puesto que, como se aprecia, ofrecen soluciones divergentes y, en consecuencia, adolecen de criterios objetivos que fijen la prevalencia de una sobre otra.

Estas divergencias y ambigüedades detectadas desde hace tiempo en las normas comunitarias actualmente en vigor son las que, como veremos, permiten que el TJUE inicie ahora un cambio de rumbo (¿sin retorno?) en esta materia. Si la jurisprudencia recaída tras la entrada en vigor de la Directiva 2004/38 reformulaba en gran parte esta norma sin, por el contrario, llegar a expresar sin ambages que ésta fuera nula por contravenir lo dispuesto en el TFUE; la actual puede calificarse como interpretación literal (¿también legalista?) de la norma comunitaria que atrae hacia ella *ratione materiae* y *ratione personae* el derecho de acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su derecho a la libertad de circulación.

Aquella doctrina comienza a ser replanteada a partir de 2014, con el precedente de la Sentencia *Brey* y, sobre todo, a partir de la Sentencia *Dano*. En ellas el TJUE parece hacerse eco de la crítica reiterada por un amplio sector de la doctrina científica, española y foránea²⁴, y por distintos Estados Miembros (en especial, Gran Bretaña), a la hasta entonces su interpretación extensiva del derecho de todos los ciudadanos comunitarios a acceder a las prestaciones sociales de subsistencia en el Estado Miembro de acogida, en especial de todos aquellos a los que podría calificarse como económicamente inactivos. No está de más recordar que la crítica no había ahorrado calificativos, más o menos contundentes, más o menos peyorativos: desde el “uso creativo de la ciudadanía de la Unión” o “una interpretación generosa” de la ciudadanía de la Unión; hasta el calificativo de “activismo judicial”; pasando por la “debilidad metodológica y técnica”, que va más allá de lo querido y expresamente manifestado por la Directiva 2004/38²⁵. O “contradicción con la letra y el espíritu de la Directiva”²⁶

5. LOS RASGOS O ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO AL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SUBSISTENCIA

Concluíamos el apartado anterior dando cuenta de los precedentes del cambio de orientación de la jurisprudencia del TJUE; comenzamos éste intentando

²⁴ HAILBRONNER, K.: “The EU Directive on Free Movement and Access to Social Benefits”, *CESifo*, DICE, Report 4/2006, pág.13

²⁵ MARTÍN VIDA, M^a.A.: “La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria sobre libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones sociales”, *ReDCE*, núm.8, 2007, pág.128

²⁶ O'BRIEN: “Real links, abstract rights and false alarm: the relationship between the ECJ's ‘real link’ case law and national solidarity”, *European Law Rev.* Núm.33, 2008, pág.643. En el mismo sentido, GOLYNKER, O.: “Jobseekers’ rights in the European Union...”, cit., pág.111 y ss

delimitar las fases del proceso. La inicial, representada por la sentencia *Brey*²⁷; la etapa de consolidación, representada por la sentencia *Dano*²⁸; la etapa de reafirmación, representada por las sentencias *Alimanovic*²⁹ y *García Nieto*³⁰.

Coinciden todas esas sentencias, dictadas en cuestiones prejudiciales, en la valoración de las restricciones que la legislación nacional de los Estados Miembros prevén en la concesión de prestaciones sociales de subsistencia (todas ellas incluidas en el Anexo X del Reglamento 883/2004) a ciudadanos comunitarios que ejercen su libertad de circulación pero no están realizando actividad económica real y efectiva en el momento de solicitud en el Estado de acogida.

Los rasgos del cambio de rumbo son básicamente los dos siguientes:

- A) Concepto comunitario de prestaciones sociales de subsistencia
- B) Reafirmación de los diferentes estatutos jurídicos de ciudadanos comunitarios migrantes: el modelo condicionado “asimilacionista” y el derecho de residencia legal a estos efectos.

5.1. Naturaleza de las prestaciones sociales de subsistencia y libertad de circulación ³¹

Planteábamos más arriba que una de las ambigüedades detectadas en el contexto normativo comunitario a estos efectos refiere al concepto de

²⁷ Pensionista alemán que percibe una prestación básica de jubilación, se traslada a Austria y solicita el “suplemento compensatorio” previsto entonces en la legislación austriaca.

²⁸ Ciudadana rumana desempleada que vive en Alemania, no ha desempeñado actividad laboral previa en ese país, no consta a las autoridades alemanas como demandante activa de empleo y solicita las prestaciones del seguro básico, previsto entonces en la legislación alemana. Sentencia ampliamente difundida en los medios de comunicación y valorada también por la doctrina científica, española y foránea.

²⁹ Sentencia de 15 de septiembre de 2015, Caso C-76/2014- Se trata del supuesto de ciudadana sueca que vive en Alemania con sus tres hijos, había trabajado en ese país durante menos de 1 año, estaba en situación de desempleo durante más de 6 meses y solicitó las prestaciones del seguro básico de desempleo alemán.

³⁰ Sentencia de 25 de febrero de 2016 (Caso C-299/14). Ciudadano español que solicita prestación del seguro básico alemán cuando llevaba 1 mes residiendo en Alemania y antes de prestar actividad laboral o profesional alguna, aunque posteriormente consta que la realiza de forma efectiva y real; se le deniega la prestación por no haber tenido residencia previa en Alemania durante, al menos, tres meses.

³¹ Véase, más detenidamente sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a.Y.: “Ciudadanía de la Unión...”, cit., páag.57 y ss. También MARTÍN VIDA, M^a.A.: “La dimensión social...”, cit., pág.100 y ss.

prestaciones sociales, en concreto, de las denominadas prestaciones sociales de subsistencia, que han sido el foco o centro de polémica y debate.

Pudiera entenderse que en esta expresión cabría integrar los tres conceptos que utilizan las normas comunitarias: el de “prestaciones especiales económicas no contributivas”, del Derecho comunitario sobre coordinación de los sistemas de protección social; y el de “asistencia social” y “ventajas sociales” de las normas sobre libre circulación. De donde resultaría que una misma prestación podría considerarse ventaja social a efectos del Reglamento 492/2011, prestación no contributiva especial del Reglamento 883/2004 y asistencia social en los términos contemplados en la Directiva 2004/38³².

Desde la perspectiva de la configuración de estas distintas prestaciones a efectos del Derecho Comunitario, recuérdese en primer lugar que las “prestaciones especiales económicas no contributivas” se introdujeron por el Reglto 1247/92 con la finalidad (para contrarrestar la entonces doctrina del TJUE de extensión ilimitada del concepto de prestación de Seguridad Social) de aplicarles un sistema especial, limitado, de coordinación. Sistema del que, por el contrario, quedaban (y quedan) excluidas las prestaciones de asistencia social propiamente dichas. La razón de la exclusión originaria del sistema comunitario de coordinación en esta materia estaba en la consideración de que ésta, la asistencia social, quedaba vinculada a la beneficencia y, en consecuencia, sus destinatarios no eran los trabajadores a los que, por el contrario, iban dirigidas inicialmente y en exclusividad las normas sobre coordinación en materia de protección para facilitarles su derecho a la libre circulación “económica”.

A estos efectos, a los de coordinación de los sistemas de protección social, el legislador comunitario en la actualidad (Reglto 883/2004, art.70) configura las prestaciones especiales no contributivas como *tertium genus*, a medio camino entre las tradicionales de seguridad social y las propias de asistencia social. Introduce tres criterios o elementos en la definición legal, objetivo, financiero y formal³³; y, aunque pudieran responder a una finalidad similar a la de asistencia social (cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social, que garantice a las personas unos ingresos mínimos de

³² Ver VERSCHUEREN, H.: “Free movement....cit., pág.291

³³ En atención a la finalidad, tienen por objeto proporcionar: i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate. Atendiendo a la financiación, procedan exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo.

subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate³⁴), si están listadas en el Anexo X del citado Reglamento pierden cualquier connotación de tales³⁵.

La consecuencia es práctica y muy importante. Si formalmente pueden ser definidas como prestaciones especiales no contributivas: i) se les aplica el sistema limitado de coordinación, basado en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad; ii) el Estado Miembro de acogida (el del lugar de residencia) puede aplicar la cláusula de residencia prevista en el art.7º del Regl. 883/2004, para evitar la exportabilidad de estas prestaciones y para definir el estado de necesidad y fijar la renta de subsistencia. Téngase en cuenta que el REglto comunitario no prevé requisito alguno que pudiera añadirse al de residencia habitual o de hecho en el Estado de acogida y, en consecuencia, al que éste pudiera condicionar el derecho de acceso a ese tipo de prestaciones, por ejemplo, un período previo de estancia en su territorio para su concesión a los ciudadanos comunitarios migrantes.

³⁴ Véase al respecto sentencia de 29 de abril de 2004, Asunto C-160/02, Asunto *Skalka*. Se planteaba en esta sentencia si el sr.Skalka nacional austriaco, beneficiario de pensión de vejez austriaca, y residente en Tenerife, podía solicitar el “suplemento compensatorio” previsto por la legislación austriaca. Se le denegó porque el Sr.Skalka no residía en Austria y esa prestación no es exportable (recuérdese, como se dijo, que está prevista en el ANEXO X del Reglto como prestación especial en metálico no contributiva) . El TJUE estimó que en tanto la función de esa prestación era “reconocer ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social insuficientes, garantizando a .quienes perciben ingresos totales por debajo del límite legal un mínimo de medios de vida”, tenía carácter de ayuda social. Por tanto, advertía el TJUE “dicha prestación se halla estrechamente relacionada con la situación económica y social del país de que se trate y su importe, fijado por la ley, tiene en cuenta el nivel de vida en dicho país. En consecuencia, su finalidad se vería frustrada si se concediera fuera del Estado de residencia”. Y, por otro lado, en cuanto su concesión se basa en criterios objetivos definidos por la ley, ha de calificarse como «prestación especial» en el sentido del Reglamento nº 1408/71

³⁵ Sólo por poner algún ejemplo, en el caso de **España**, las prestaciones incluidas en el Anexo son las que refieren a las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas , entre otras. Y es conveniente que hagamos mención a algunas otras de otros países de la UE que han sido objeto de controversia y respecto de las que se han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE; así, por ejemplo, en caso de **Alemania**, se incluye a) Ingresos básicos de subsistencia para las personas de edad y las personas con incapacidad laboral parcial, con arreglo al capítulo 4 del libro XII del Código Social. b) Prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo encaminadas a garantizar la subsistencia, excepto si, en relación con estas prestaciones, se cumplen los requisitos de admisibilidad para percibir un suplemento temporal a raíz de la prestación por desempleo (apartado 1 del artículo 24 del libro II del Código Social. En caso de **Bélgica**: a) Prestación de compensación de ingresos (Ley de 27 de febrero de 1987). b) Ingreso garantizado para personas de avanzada edad (Ley de 22 de marzo de 2001). Y también, por poner algún ejemplo más de las que han suscitado dudas al TJUE, **Austria** incluye en ese Anexo el “suplemento compensatorio” para quienes, de acuerdo con la legislación interna, son beneficiarios de una pensión de vejez y en caso de esa pensión mas otros ingresos netos de otras fuentes no alcance un determinado importe

Por otro lado, el concepto de “asistencia social” se utiliza en las normas comunitarias sobre libre circulación con diferente finalidad. Por un lado para entenderlo comprendido en el de prestación asistencial a los efectos del derecho de residencia y su limitación conforme a la Directiva 2004/38, que la utiliza como criterio indirecto para medir la solvencia económica del solicitante de residencia cuando es económicamente inactivo (art.7º) y la considera prestación de la que pueden quedar excluidos ciudadanos de la UE en alguno de los supuestos previstos en la Directiva, en particular conforme a su art.24, que, como dijimos, fija las limitaciones del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

No hay duda en la jurisprudencia actual del TJUE, a partir de *Brey* y *Dano*, y confirmada en *Alimanovic* y en *García Nieto*, de la asimilación conceptual de las prestaciones especiales no contributivas a la asistencia social, o mejor expresado, que aquellas están comprendidas en el de asistencia social, entrando entonces *ratione materiae* en el ámbito del Derecho Comunitario sobre libre circulación.

Lo que quiere decir que el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva no puede reducirse a las prestaciones que, conforme al Reglamento 883/2004, no están incluidas en su ámbito de aplicación, sino que, extensivamente, refiere “a todos los regímenes de ayudas establecidos por las autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga excesiva para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que puede tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado” (Sentencia *Brey*, apartados 49, 60, 61 y 62; Sentencia *Dano*, apartado 63). Concepto que en la actualidad se ha ampliado a otras prestaciones que pueden entenderse incluidas en el genérico “sistema de protección social” de los Estados Miembros, y en particular, a las que pudieran tener naturaleza mixta, en tanto que orientadas no sólo a la subsistencia sino a la reinserción profesional y que, entonces, pudieran estar previstas en el Estado de acogida para los que cabe definir conforme a la legislación nacional como desempleados. Caso éste el del “seguro básico de desempleo” alemán.

En este sentido, el precedente fue la Sentencia *Vatsouras*³⁶, en la que, aplicando su propia doctrina sobre el criterio finalista para determinar la naturaleza de la prestación, el TJUE determinó que ese, el seguro básico de desempleo, se orientaba hacia la inserción profesional o inserción en el mercado de trabajo, de modo que (apartado 45), concluía entonces: “no pueden

³⁶ Sentencia de 4 de junio de 2009, Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08

considerarse prestaciones de asistencia social en el sentido del art.24.2 de la Directiva” (es decir, a efectos de su excepción) “las prestaciones económicas que, independientemente de su calificación en la normativa nacional, están destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo”.

Resulta que, en la actualidad, y sin mayor explicación al respecto, el TJUE da un giro radical a la configuración “comunitaria” de esa prestación. Y si entonces cabría concluir que el razonamiento era apriorístico, del mismo modo pudiera calificarse la nueva doctrina. En efecto, el TJUE considera que esas prestaciones de naturaleza mixta deben calificarse atendiendo a la finalidad predominante que lo es, precisamente y a su juicio (con apoyo en las Conclusiones del AG), la de asistencia social “en el sentido del art.24.2 de la Directiva 2004/38” ³⁷

5.2. Estatutos jurídicos de ciudadanos comunitarios migrantes.

5.2.1. La opción por el modelo de “residencia económica”

La asimilación de las prestaciones especiales no contributivas a la “asistencia social” tiene como efecto práctico la absorción de la cláusula de residencia en el sentido del Reglamento de coordinación por la que, como a continuación analizamos, es la cláusula o condición de residencia a efectos de libre circulación.

Por un lado recuérdese que el TJUE había mantenido que las prestaciones especiales no contributivas mantenían un estatus legal comunitario propio y autónomo, advirtiendo que la cláusula de residencia a las que las someten los artículos 7º y 70 del Reglamento 883/2004 era un requisito que debía interpretarse de acuerdo a esa norma comunitaria, que se fundamenta en la residencia habitual o residencia de hecho³⁸. Como bien se ha afirmado, la

³⁷ Véanse Conclusiones del AG Wathelet, de 26 de marzo de 2015 (apdo 72), que decía : “es preciso basarse en la función preponderante de las prestaciones, que, en el presente caso, es indiscutiblemente garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana”.

Vid. Asunto *García Nieto*, apdo 37.

³⁸ En este sentido, Sentencia de 25 de febrero de 1999 (Caso C-90/97) Asunto *Swaddling* (apdos 28, 29 y 30), que planteaba ya entonces un caso que hoy recupera actualidad. Se trataba de un ciudadano nacional británico, trabajador en su país de origen, que se traslada a otro país de la UE, represa posteriormente a su país y solicita una prestación económica especial no contributiva. Su país de origen, Gran Bretaña, la deniega porque no había cumplido un período de residencia previo en ese Estado, exigido como de residencia “nacional” a estos efectos. El TJUE afirmó entonces que “residencia” significa la “estancia habitual” a efectos del Reglamento de Coordinación, es decir a

“residencia” es un concepto autónomo e independiente del que, al efecto, pudiera definir la legislación nacional de cada uno de los Estados Miembros y se constata que en el contexto normativo comunitario no tiene un significado único y homogéneo³⁹. Tal es el caso, como aquí ocurre, en relación con las prestaciones de subsistencia y los títulos en virtud de los que cabe definir su ámbito subjetivo, puesto que el Derecho de Coordinación utiliza uno que no parece coincidir con el que establece el Derecho de Ciudadanía, en concreto la Directiva. Resultando que cabe identificar en Derecho Comunitario dos acepciones, la de “residencia habitual o de hecho” y la de residencia “legal”.

Sobre el derecho de residencia a efectos de coordinación, téngase en cuenta que el Reglto, tras su modificación por el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, incluye una lista de criterios para determinar cuál es el Estado de residencia. Lista que, conformada a partir de la jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, Asunto *Swaddling*⁴⁰), se advierte que es ejemplificativa o no exhaustiva y

efectos de la aplicación de la cláusula de residencia que podía aplicar el Estado de acogida para determinar si el sujeto tenía derecho o no a la citada prestación. Aportó criterios (no exhaustivos) al respecto y rechazó que uno de esos fuera el de cumplir un período de residencia mínimo en el Estado en el que se solicita la prestación.

³⁹ GUILD, E., PEERS, S. and TOMKIN, J.: *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pág.110

⁴⁰ Recuérdesse que en la Sentencia *Swaddling* se preguntaba: Cuando una persona ha trabajado y residido habitualmente en un Estado miembro, ha ejercido posteriormente el derecho a la libre circulación de los trabajadores para establecerse en otro Estado miembro en el que ha trabajado y fijado su residencia habitual, y, finalmente, regresa al primer Estado miembro para buscar trabajo, ¿es compatible con las exigencias del artículo 48 del Tratado de Roma el hecho de que el primer Estado miembro imponga un requisito de residencia habitual en ese Estado (que implica la existencia de un período considerable de residencia en el mismo Estado) para la concesión de una prestación estatal general no contributiva, sujeta a un requisito relacionado con los recursos económicos, y que tenga las características del complemento de ingresos ("income support") británico?»

Sobre la duración del período de presencia, TJUE ha dicho que: “cuando un nacional de la Unión que residía en un primer Estado miembro contrae una enfermedad grave y repentina durante sus vacaciones en un segundo Estado miembro y se ve obligado a permanecer durante once años en ese Estado, como consecuencia de dicha enfermedad y de la disponibilidad de cuidados médicos especializados próximos al lugar en el que vive, debe considerarse que se encuentra en situación de «estancia» en ese segundo Estado miembro, ya que el centro habitual de sus intereses se sitúa en el primer Estado miembro. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar el centro habitual de los intereses de ese nacional apreciando todos los hechos pertinentes y teniendo en cuenta la voluntad de éste, tal como resulta de tales hechos, toda vez que la mera circunstancia de que dicho nacional haya permanecido en el segundo Estado miembro durante un largo período de tiempo no es suficiente, como tal y en sí misma, para considerar que reside en ese Estado”, Sentencia de 5 de junio de 2014, Asunto C-255/13.

Ver los ejemplos incluidos en la *Guía práctica sobre legislación aplicable en la Unión Europea* (también denominada de prueba de la residencia habitual), adoptada por la Comisión Europea en 2013, derivada de la Comunicación de la Comisión sobre "Libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familias" de 25 de noviembre de 2013, que la incluía entre las cinco acciones propuestas. Se puede acceder a la Guía en

distingue entre los elementos relacionados con las características objetivas de la residencia habitual, tales como la duración y la continuidad de la presencia en el territorio de un Estado miembro, y los elementos que se aplican a la situación de la persona. Así, se listan: la situación de la familia (su situación familiar y los lazos familiares); la duración y continuidad de su presencia en el Estado miembro afectado; la situación en materia de empleo (la naturaleza y las condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo); el ejercicio de una actividad no remunerada; en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos; el alojamiento, en particular su grado de permanencia; el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal; las razones para el traslado; la voluntad de la persona, según se desprenda de todas las circunstancias.

A partir de la Sentencia *Brey* comienza a cambiar este criterio jurisprudencial, basándose en la idea de que el Derecho Comunitario sobre coordinación de sistemas de seguridad social no fija un régimen común de seguridad social entre los Estados Miembros y no establece las condiciones de fondo para que exista el derecho a las prestaciones especiales no contributivas (apdos 41 y 44). Lo que, sin expresarlo de forma rotunda en esa sentencia, podría tener la consecuencia de que el acceso a las prestaciones de subsistencia (sean las prestaciones especiales no contributivas, sean las de naturaleza mixta...) por los ciudadanos comunitarios que se trasladan a otro país de la UE pudiera quedar condicionado al cumplimiento de los requisitos de residencia fijados en la Directiva 2004/38.

No obstante esa posibilidad, en *Brey* el TJUE huye de analizar si el solicitante de la prestación cumple o no las condiciones de residencia establecidas en el sistema gradual previsto en la Directiva y se mantiene en el que hasta la fecha había sido el razonamiento utilizado, a saber, el encaje de la excepción prevista en el art.24.2 en la condición de su aplicación relativa a que se demuestre por el Estado de acogida la “carga excesiva” para su sistema de asistencia social. De modo que, de nuevo, siguiendo al respecto los precedentes, el TJUE intenta clarificar el significado de esa expresión legal atendiendo a la que, hasta la fecha, era la fórmula de análisis; esto es, la que exigía a las autoridades nacionales “una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esa prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado” completada con la enumeración o listado ejemplificativo de posibles criterios que pudieran utilizar para ello (*Brey*, apdo 78). De este modo incide el TJUE en la

<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=4944&mode=advancedSubmit&langId=es>

imposibilidad de excluir automáticamente a los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos y, como se apreció por la doctrina, esta sentencia aumentaba las ya detectadas ambigüedades del Derecho Comunitario y la confusión creada por su previa jurisprudencia⁴¹. En efecto, según *Brey*, el Estado miembro tenía la obligación de llevar a cabo una doble apreciación individual y global de la repercusión de la concesión de la prestación en el sistema nacional de asistencia social a la hora de determinar si el solicitante supone o no una carga para dicho Estado⁴²

Dano es un avance, decíamos, en el cambio de orientación de la doctrina del TJUE, aun cuando también se señalara en su momento que la sentencia no explicitaba con certeza una interpretación amplia o extensiva sobre las posibilidades que los Estados Miembros pudieran tener para denegar a un ciudadano comunitario la igualdad de trato en el acceso a sus prestaciones sociales de subsistencia. Porque, entre otras razones, en esta sentencia se introdujo un rasgo o elemento hasta entonces desconocido, a saber, el motivo que movía al ciudadano comunitario a ejercer su libertad de circulación, que indujo al TJUE, implícitamente, a valorar la “mala fe” del ciudadano comunitario que se traslada al Estado Miembro de acogida con la finalidad de lograr los beneficios de su asistencia social; lo que peyorativamente se ha conocido como “turismo social”.

Como ya ha tenido ocasión de explicar la doctrina⁴³, de la sentencia *Dano* no cabía deducir un modelo claro sobre la ciudadanía de la Unión (entre el de ciudadanía basada en la residencia o en la integración) y, en consecuencia, tampoco una opción cerrada a favor de una interpretación amplia de las posibilidades de los Estados Miembros para denegar el derecho a la igualdad de trato en la solicitud de beneficios sociales por los ciudadanos comunitarios. Según se analizaran los apartados de la citada sentencia, podría afirmarse que el TJUE se orientaba hacia una interpretación restrictiva porque el término “turismo social” podría entenderse limitado a las situaciones en las que quedara explícito o implícito que el motivo o intención del ciudadano comunitario migrante fuera sólo obtener asistencia social en el territorio del Estado de acogida. O, por el contrario, se podría afirmar que optaba por una interpretación amplia de las “derogaciones” del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, ya que el TJUE condiciona ese derecho a que la residencia en el territorio de dicho Estado cumpla las condiciones de la Directiva 2004/38.

⁴¹ Vid., VERSCHUEREN, H.: “EU migrants...”, cit., pág.434; del mismo autor: “Preventing ‘benefit tourism’ in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJE in DANO?”, *Common Market Law Review*, núm.52, 2015..., pág.370 y ss

⁴² Vid. LIROLA DELGADO, I.: “La ciudadanía de la Unión Europea en retroceso: el cambio de rumbo del Tribunal de Justicia en los Asuntos Brey, Dano y Alimanovic”, *Revista Jurídica do CESUCA*, V.3, n.6, dic.2015, pág.142

⁴³ VERSCHUEREN, H.: “EU migrants...”, cit, pág.435

Quedaba, por tanto, dar otros pasos definitivos. Uno, obviar el motivo por el que un ciudadano comunitario hace uso de su libertad de circulación intracomunitaria; y dos, reafirmar la residencia “económica” como criterio único que permita limitadamente extender la condición de trabajador a quienes no pueden demostrar un vínculo directo e inmediato con el Estado de acogida. Lo que, dicho de otro modo, y claramente significaría que sin derecho a residencia conforme a la Directiva 2004/38 no habría aplicación del principio de igualdad de trato⁴⁴.

Es así como TJUE ha debido valorar casos menos extremos que *Dano*, pero más apegados a la realidad social y económica, a las situaciones de empleo y de ocupación en los países comunitarios como España que, debido a la crisis económica, cuenta con unos altísimos índices de desempleo en la población activa española, en especial, entre los jóvenes. Nos referimos al supuesto del “demandante de empleo” que se traslada a otro Estado Miembro con el objetivo de buscar empleo.

Los casos más actuales resueltos por el TJUE confirman la tendencia restrictiva al reconocimiento de los derechos de protección social de subsistencia de los ciudadanos comunitarios migrantes, reafirmando la diferencia de trato entre quienes son económicamente activos y económicamente inactivos. Entre aquellos, los económicamente activos, confirmando (hasta la fecha) el significado amplio del concepto de trabajador a efectos de libre circulación pero, por el contrario, limitando el estatuto ampliado o asimilado de trabajador.

Tras la Sentencia *Alimanovic* hay que diferenciar los títulos de residencia en relación con la vinculación laboral (o profesional) en el Estado Miembro; única condición que, parece, justificaría el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia que reconoce el Estado de acogida. Lo que, a diferencia de todos los precedentes, pre y post-Directiva 2004/38, le permite prescindir de llevar a cabo un examen de la situación individual de la persona solicitante de la prestación para constatar si se ha convertido en una carga excesiva para la asistencia social porque la única situación que hay que tener en cuenta, derivada de la propia Directiva, es la relativa a si hubo vínculo económico con el Estado de acogida sin, por tanto, tener que valorar otros factores utilizados anteriormente por el TJUE, como el vínculo real con el Estado de acogida o los derechos de los hijos de los trabajadores migrantes⁴⁵. Podría afirmarse que el TJUE abandona el modelo de residencia (entendiendo por tal la residencia de hecho) y acoge el modelo de integración derivado de la vinculación económica o el modelo de residencia “económica”.

⁴⁴ THYM, D.: “The elusive Limits of Solidarity...”, cit., pág.25; LIROLA DELGADO, I.: “La ciudadanía de la Unión Europea...”, cit., pág.144

⁴⁵ LIROLA DELGADO, I.: “La ciudadanía de la Unión Europea....”, pág.146

5.2.2. Prestaciones sociales y Trabajadores

Hasta la fecha, el TJUE confirma el sentido amplio o extensivo de trabajador a efectos comunitarios porque de la Directiva 2004/38 se deduce que no se puede imponer por los Estados Miembros, como condición del derecho de residencia, requisito alguno de recursos económicos cuando el ciudadano comunitario migrante demuestra que es trabajador en el Estado de acogida en el sentido amplio de la jurisprudencia del TJUE. Siendo económicamente activo, es decir, demostrando que tiene un vínculo económico real y efectivo, directo e inmediato, en el Estado de acogida, se deduce (queda implícita en la categoría) que hay una integración real en ese Estado aunque contribuyan económicamente en su territorio de forma limitada o aunque tal contribución sea temporalmente corta.

Queda por ver si este concepto amplio de la libertad de circulación económica y, por tanto, el carácter pleno del derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a las prestaciones sociales, se mantendrá en el futuro más o menos próximo en el contexto normativo de la UE.

Debe advertirse que según las Conclusiones del Consejo Europeo de febrero de 2016 , apelando a “razones imperiosas de interés general”, se propone una futura modificación del Reglamento 492/2011, relativo a la libre circulación de trabajadores para que contenga “un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un período prolongado, también como resultado de políticas del pasado a raíz de ampliaciones anteriores de la UE. Si un Estado miembro debe acogerse al mecanismo, deberá notificar a la Comisión y al Consejo la existencia de esta situación excepcional en una escala que afecta a aspectos esenciales de su sistema de seguridad social, incluido el propósito primario de su sistema de prestaciones vinculadas al ejercicio de una actividad profesional, o que da lugar a dificultades graves y con probabilidades de persistir en su mercado laboral o que generan una presión excesiva para el funcionamiento adecuado de sus servicios públicos. A propuesta de la Comisión, una vez estudiada la notificación y la motivación en ella expuesta, el Consejo podría autorizar al Estado miembro de que se trate a restringir en la medida necesaria el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional. El Consejo autorizaría a tal Estado miembro a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un período total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo. La limitación debería ser gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración

limitada y se aplicaría durante un período de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez”⁴⁶

Téngase en cuenta que, si la propuesta acabara plasmada en los términos indicados en la norma comunitaria, se estaría introduciendo un requisito a la hasta ahora vinculación económica derivada de la condición de trabajador, a saber, el de su carácter estable. Y requeriría de una autorización previa de las instituciones comunitarias con la finalidad de evitar interpretaciones expost del TJUE sobre la condición de la limitación, esto es, la existencia de esa situación excepcional y de su aplicación porque la proporcionalidad de la medida será establecida ex ante por el Consejo. De otro lado, como puede constarse, queda indeterminado el concepto de “prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional”, que, a estos efectos, deberá ser definido en la norma comunitaria. Todo apunta a que se trata, indirectamente, de admitir las limitaciones que pudieran imponer los Estados, como Gran Bretaña, que establecen sistemas de beneficios complementarios para los trabajadores que reciben bajos salarios, tales como el *tax credit* y *housing benefit*.

5.2.3 El estatuto ampliado o asimilado de trabajador

Por lo que respecta al estatuto ampliado o asimilado de trabajador comunitario a estos efectos, habría que determinar los supuestos legales que quedan integrados. Y para ello se requiere indagar en el concepto legal de “vinculación económica” de la Directiva 2004/38; si es sólo una vinculación derivada de la previa situación de trabajador o, por el contrario, cabe extenderla a otros supuestos en los que la vinculación sólo sería indirecta. La cuestión es sumamente importante porque según cuál sea la respuesta, el título de residencia se podría identificar con el que poseen y se reconoce a los trabajadores o, por el contrario, quedaría limitado al que cupiera aplicar al ciudadano comunitario económicamente inactivo.

Desde esta perspectiva, la de identificación del estatuto ampliado de trabajador comunitario, debe advertirse que el art.7º de la Directiva 2004/38 lista o enumera los supuestos en los que el Derecho UE mantiene el estatuto de

⁴⁶ Se justifica la propuesta del modo siguiente: “la libre circulación de los trabajadores puede limitarse con medidas proporcionales al interés legítimo perseguido. Fomentar la contratación, reducir el desempleo, proteger a los trabajadores vulnerables y evitar el riesgo de poner en peligro generalmente la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social constituyen razones de interés general reconocidas a tal efecto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la base de un análisis de cada caso. Basándose en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y de manera proporcional al interés legítimo perseguido, pueden imponerse condiciones en relación con determinadas prestaciones para velar por la existencia de un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida”

trabajador a estos efectos; es decir, los casos en los que fija el estándar mínimo que han de cumplir los Estados Miembros. En lo que aquí interesa, el precepto refiere al “parado involuntario” y, aunque no lo defina (lo que quiere decir, que es un concepto que queda a la determinación de la legislación nacional), puede equipararse este concepto legal al de desempleado, en el sentido de persona que ha tenido una previa relación o vinculación laboral o profesional previa en el Estado de acogida.

Situación que la norma comunitaria extiende limitadamente a dos casos, según la duración de la vinculación laboral previa en el Estado de acogida y siempre que el desempleado sea demandante efectivo de empleo (es decir, esté inscrito en el servicio de empleo competente): la de un empleo previo de más de un año de duración y la de empleo previo de menos de un año de duración. En estos casos, el ciudadano comunitario mantiene, “como trabajador”, su derecho a acceder a las prestaciones sociales de subsistencia en el Estado de acogida. Dicho de otra forma, su título de residencia proviene de su condición previa de trabajador y es el que legitima su acceso a las prestaciones sociales en dicho Estado.

De la regulación legal comunitaria derivan algunas cuestiones; entre ellas, las siguientes:

1) La relativa al carácter de la enumeración legal, es decir a si la lista es exhaustiva o meramente ejemplificativa de circunstancias encuadrables entre situaciones asimiladas a la condición de trabajador a efectos de libre circulación. Desde esta perspectiva, la interpretación que hasta el momento había mantenido el TJUE era amplia o extensiva, declarando que la lista era meramente ejemplificativa; pero en la actualidad parece haber optado por una solución contraria, tal y como cabría deducir de la Sentencia *Alimanovic*⁴⁷, que parece no dejar margen alguno para

⁴⁷ Conviene, no obstante, advertir que otra fue la solución en el Asunto *Saint-Prix* (STJUE de 19 de junio de 2014, Caso C-507/12), en la que hubo de interpretar también el concepto de trabajador en el sentido del art.45 TFU y del art.7º de la Directiva 2004/38, en relación con la denegación en el caso del denominado “complemento de ingresos” británico. Se trata de una trabajadora de nacionalidad francesa que realiza trabajos como profesora de apoyo en Reino Unido; posteriormente se matricula en la Universidad, se inscribe en una ETT para buscar trabajo en centros de enseñanza secundaria, trabaja temporalmente en escuelas infantiles y, estando embarazada de casi seis meses, deja su trabajo porque entendía que cuidar niños en la escuela infantil le exigía en ese momento un esfuerzo excesivo. Busca trabajo más adaptado a su embarazo, no lo encuentra y solicita once semanas antes de dar a la luz el complemento de ingresos.; se le deniega. Tres meses después del nacimiento prematuro de su hijo, la Sra.Saint Prix se reincorpora al trabajo.

Es evidente que este supuesto no encaja en los casos de extensión o asimilación del concepto de trabajador a efectos del art.7º Directiva 2004/38 (en concreto en el que refiere este precepto como de incapacidad para el trabajo puesto que el embarazo no es una situación de enfermedad); no obstante, el TJUE advierte en esta ocasión que no puede deducirse que ese precepto enumera de forma exhaustiva las circunstancias en las que un trabajador migrante,

seguir aplicando el test de proporcionalidad relacionado con la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo; si ello es así, definitivamente, los pensionistas (supuesto de *Brey*) que se desplazan a otro Estado de la UE diferente al que le concede su prestación de Seguridad Social y los desempleados que quedan al margen de los supuestos del art.7º de la Directiva 2004/38, no se incluirían en la categoría de asimilados a trabajadores a efectos comunitarios.

2) Si la situación asimilada se extiende también a los familiares del desempleado. Es decir, si éstos, los familiares tendrían entonces solo un derecho de residencia autónomo que habría que configurarlo como de residencia general prevista para los ciudadanos económicamente inactivos o, por el contrario, podrían mantener también su título de residencia vinculado a la previa actividad económica del progenitor, conforme a lo dispuesto en el Reglto 492/2011, art.12⁴⁸.

3) La relativa a la extensión temporal de la asimilación de trabajador a efectos de libre circulación, es decir, si es una asimilación permanente o, por el contrario, puede limitarse temporalmente. En este caso, cuando la vinculación laboral previa con el Estado de acogida es inferior a un año, la Directiva 2004/38 sólo garantiza la asimilación durante 6 meses (dice la norma, al menos durante 6 meses); por tanto, los Derechos nacionales disponen de una opción, o bien mantener el plazo mínimo previsto por la Directiva o bien ampliarlo.

Transcurrido ese plazo, sea el mínimo comunitario o el máximo establecido por la norma nacional, ¿qué condición mantiene el ciudadano comunitario a efectos de libre circulación?. Éste es el supuesto que se plantea abiertamente en la Sentencia *Alimanovic* (ciudadana comunitaria que trabaja previamente por menos de 1 año en el Estado de acogida, mantiene inicialmente la situación como desempleada durante 6 meses para, desde esta situación, disfrutar de la prestación social de subsistencia en ese Estado, que se extingue una vez transcurridos esos 6 meses); y la solución se adopta desde el carácter cerrado que, a su juicio, tiene ahora el art.7º Directiva.

que ya no se encuentra en una relación laboral, puede seguir disfrutando de dicha condición. En concreto, estima que el hecho de que las referidas limitaciones obliguen a una mujer a dejar de ejercer una actividad por cuenta ajena durante el período necesario para restablecerse no puede privarla, en principio, de la condición de «trabajadora», en el sentido del artículo 45 TFUE. Lo que quiere decir, que “el hecho de que en la práctica la persona afectada no haya estado presente en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida durante algunos meses no implica que haya dejado de pertenecer a dicho mercado durante ese período, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un plazo razonable contado a partir del parto”

⁴⁸ Véase, sobre esta cuestión, VERSCHUEREN, H.: “EU migrants...”, *cit.*, pág.424 y ss. Y en la jurisprudencia del TJUE, entre otras, Sentencia de 23 de febrero de 2010. Caso C-480/08, Asunto *Teixeira*.

Al ciudadano comunitario que se encuentre en la situación de Alimanovic hay que encajarlo en algún otro título en función del cual pudiera justificar su derecho de residencia conforme a la Directiva 2004/38; y podría ser alguno de los dos alternativos siguientes: o como persona que se desplaza en la UE para buscar empleo (demandante de empleo, conforme al art 14 Directiva) o como ciudadano económicamente inactivo (art.7º Directiva).

En el otro supuesto, el de desempleado involuntario que ha estado empleado durante más de un año en el Estado de acogida, el precepto de la Directiva no expresa duración alguna de la asimilación del estatus de trabajador a efectos de libre circulación. Y la cuestión se plantea, no cuando el ciudadano logra alcanzar el tiempo de residencia continuada de cinco años (porque en ese caso, conforme a la Directiva, obtendría el estatuto de residente de larga duración o permanente y, en consecuencia, no tendría que cumplir la condición de autosuficiencia económica y suscripción de un seguro de enfermedad), sino cuando sumado el período previo de trabajo y el de protección por desempleo del respectivo sistema de seguridad social no se logre alcanzar el período de cinco años. Esto no lo soluciona el caso *Alimanovic*; tampoco la Directiva 2004/38 establece el plazo de duración y, en consecuencia, podría entenderse que, mientras el desempleado permanezca como demandante de empleo, se mantendrá su estatuto asimilado al del trabajo. No obstante, habría que interrogarse si pudiera establecerse por los Estados de acogida un límite temporal para la residencia en esta situación (en la de desempleado-demandante de empleo) más allá del mínimo de 6 meses y, por supuesto, no menos que el que derive de la prestación por desempleo que pudiera otorgarle el Estado de acogida en su sistema de seguridad social⁴⁹.

5.2.4. Demandantes de empleo y ciudadanos comunitarios económicamente inactivos

Fuera de estos casos asimilados quedan aquellos a los que cabe definir como “demandantes de empleo” desde la perspectiva comunitaria a estos efectos. Entre ellos, quienes son demandantes de primer empleo en el Estado de acogida y, por tanto, no pueden demostrar que han tenido un vínculo previo económico con ese Estado. ¿Cabrá aquí entender que tienen un derecho de residencia a los efectos

⁴⁹ Véase, al respecto, en la doctrina española, JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Los demandantes de empleo...”, *cit.*, pág-150 y 58, que resuelve afirmando que el Estado de acogida puede, en este caso, limitar la condición de trabajador para los desempleados que hayan tenido una vinculación laboral previa de más de un 1 en el Estado de acogida; límite que no obstante, y puesto que la Directiva no establece un mínimo, generará soluciones conflictivas en las respectivas legislaciones nacionales.

de libre circulación y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia con fundamento en un vínculo indirecto con el mercado de trabajo porque consta que buscan efectivamente empleo o, por el contrario, sólo ostentan el título como ciudadano económicamente inactivo?

Su derecho a la libre circulación ¿habría que entenderlo asimilado al que deriva de la condición de potencial trabajador?, ¿sería ese un vínculo suficiente con el mercado de trabajo del Estado de acogida?, o, por el contrario ¿habría que entender que su derecho a la libre circulación quedaría condicionado o limitado porque el motivo, la búsqueda de empleo, no puede entenderse equiparable a quien es o ha sido trabajador a estos efectos?.

Este supuesto es uno de los que en la actualidad presenta mayores imprecisiones en el contexto normativo comunitario y respecto del mismo se aprecia un giro radical en la Jurisprudencia del TJUE. Si nos atenemos a la configuración del derecho de residencia comunitario, no hay en las normas comunitarias un concepto autónomo de demandantes de empleo a estos efectos y, en consecuencia, se deja en manos de los Derechos nacionales determinar las condiciones que han de cumplir conforme a sus reglas para que puedan ser considerados demandantes activos de empleo. Tampoco disponen de un estatuto jurídico autónomo en el ámbito comunitario que establezca o fije las condiciones de residencia y sus derechos si hacen uso de su libertad de circulación intracomunitaria. Y, en consecuencia, es complejo y ambiguo su potencial derecho a acceder a las prestaciones sociales del Estado de acogida (en concreto, a aquellas que siendo de subsistencia tienen también como finalidad facilitar su acceso al mercado de trabajo del Estado de acogida) porque el único título de residencia que podrían invocar es el del art.14.4.b) de la Directiva 2004/30, que dispone que no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen *posibilidades reales* de ser contratados.

Equiparadas las prestaciones de naturaleza mixta, como dijimos, a las de asistencia social en los términos de la Directiva 2004/38, e interpretada restrictivamente la asimilación a trabajador en el Asunto *Alimanovic*, el resultado o conclusión es que los demandantes de empleo (sean demandantes de primer empleo o sean desempleados-demandantes activos de empleo cuando transcurre el plazo de asimilación) quedarían absolutamente absorbidos en la categoría de ciudadanos de la UE económicamente inactivos, que, como analizamos a continuación, sólo ostentan un derecho muy limitado a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad a efectos del acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida sin que al respecto se aprecie cambio alguno de orientación por las instituciones comunitarias.

Parece, en definitiva, que la jurisprudencia anterior del TJUE, basada en el derecho de residencia para los demandantes de empleo derivado del art.45

TFUE⁵⁰, ha quedado superada tras *Alimanovic*. En efecto, si ahora de forma precisa se apunta que las prestaciones sociales de naturaleza mixta deben valorarse sólo como de asistencia social (eliminando así cualquier resquicio como de inserción profesional); si se abandona también cualquier valoración individual basada en el test de proporcionalidad derivado del vínculo real entre el solicitante y el mercado geográfico local; si ninguna apreciación sobre el vínculo cabe (por ejemplo, la derivada de que la persona ha buscado empleo durante un período de tiempo razonable de forma efectiva y real); resulta que, no sólo cabría aplicar por los Estados miembros un límite temporal (razonable) a la residencia de los comunitarios en búsqueda de empleo (puesto que la norma comunitaria no lo establece ni lo prohíbe), sino que pueden denegarles cualquier medida de asistencia social desde el momento que, a efectos de libre circulación, pueden ser considerados como demandantes de empleo.

Ésta es, precisamente, la cuestión que quedaba abierta y ahora ha resuelto el TJUE en el Asunto *García Nieto*, que confirma la línea jurisprudencial de *Alimanovic* y, en consecuencia, al margen de cualquier apreciación relacionada con el art.45 TFUE, expresa que “ es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período”. En el caso de *García Nieto*, el período de tres meses iniciales desde su llegada al país de acogida, de conformidad con lo previsto en el art.24.2 de la Directiva 2004/38. No está de más indicar que, tras la denegación, está servir de advertencia para evitar el desplazamiento masivo de personas a ese Estado (y así lo indicó el Abogado General en sus conclusiones) y llama la atención que en este caso no se tuviera en cuenta las circunstancias familiares (su esposa era ya trabajadora en Alemania cuando el esposo llegó) y la vinculación posterior laboral del solicitante en ese Estado.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la posición de algunos de los Estados Miembros, en particular, de Gran Bretaña, el Consejo Europeo de febrero de 2016 (lo que es lo mismo que afirmar que el conjunto de Estados Miembros de la UE) acepta la jurisprudencia actual del TJUE, limitativa o restrictiva del acceso

⁵⁰ Confróntese, sobre esta cuestión, las SSTJUE de 11 de julio de 2002, Caso C-224/98, Asunto *D’Hoop*; de 23 de marzo de 2004, C-138/02 Asunto *Collins*; de 15 de septiembre de 2005, Caso C-258/04, Asunto *Ioannidis*; de 25 de octubre de 2012, C-367/11, Asunto *Prete* ...; en las que el TJUE había considerado que existía un vínculo indirecto con el mercado de trabajo y, por consiguiente, los demandantes de primer empleo podían reclamar igualdad de trato por razón de nacionalidad en el Estado de acogida con los demandantes de empleo nacionales en relación con los apoyos económicos que éste les concediera, incluidas las ayudas orientadas a facilitar el acceso al empleo (tales como el subsidio para demandantes de empleo británico, Asunto *Collins*, y el subsidio de espera belga configurado como ayuda a los jóvenes para facilitarles el paso de la enseñanza al mercado laboral, en *D’Hoop*, *Ioannidis* y *Prete*). Estimaba entonces el TJUE que su derecho provenía de los arts.20 y 45 TFUE y consideraba legítimo que el Estado de acogida exigiera un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado de trabajo del Estado como pudiera ser un período de tiempo razonable para encontrar empleo. Doctrina confirmada también en el Asunto *Vatsouras*, apdos. 36 a 39

de las prestaciones de asistencia social para estos ciudadanos comunitarios. En efecto, se expresa que: i) los Estados Miembros puedan denegar las prestaciones sociales a personas que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado Miembro cuando no dispongan de recursos suficientes para optar al derecho de residencia (recuérdese Asunto Dano); ii) que los Estados Miembros pueden rechazar peticiones de asistencia social formuladas por los ciudadanos comunitarios que no disfruten de un derecho de residencia; iii) que los Estados Miembros pueden rechazar peticiones de asistencia social formuladas por los ciudadanos que tengan autorización para residir en su territorio únicamente para buscar empleo. En este caso, se incluye las prestaciones “cuya función predominante sea cubrir los costes mínimos de subsistencia, incluso si dichas prestaciones están previstas también para facilitar el acceso al mercado de trabajo en los Estados Miembros de acogida” (recuérdese Asunto Alimanovic).

Admitiendo estas restricciones, se confirma por las instituciones comunitarias la ampliación del estatuto limitado de Ciudadanía de la Unión en el que quedarán integrados los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos, incluidos a estos efectos los demandantes de empleo.

6-CONCLUSIONES

En definitiva, habrá que concluir que no hay un derecho “comunitario” prestacional, como derecho universal de ciudadanía, igual para todos porque tampoco hay un derecho pleno o universal, como derecho inherente a la condición humana, a la ciudadanía europea, a sus derechos derivados, entre ellos el de residencia. No hay una equiparación jurídica plena de esos derechos con los derechos y libertades fundamentales proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que no define su significado y alcance. En efecto, la Carta reitera en su art.21 el mismo principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y, sin perjuicio de sus disposiciones particulares, admite, como manifestación de la “Solidaridad”, que “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Pero, no establece o fija el contenido de estos Derechos Sociales, que la Carta califica en su Exposición de Motivos como “derechos fundamentales”, quedando condicionados a las reglas previstas en las normas, comunitarias y nacionales. En este sentido, se ha afirmado, que el problema planteado por la vinculación de los derechos del estatuto de ciudadanía de la unión con los derechos

de la Carta de Derechos Fundamentales tiene relación con dos elementos centrales, el primero tiene que ver con la propia naturaleza de estos derechos respecto de los derechos y libertades fundamentales y el segundo con las características propias del sistema jurídico europeo y su funcionamiento sobre el principio de atribución de competencias⁵¹.

Abandonada cualquier conexión entre la Ciudadanía de la Unión y la Carta de los Derechos Fundamentales, aún quedan planteadas varias cuestiones que deberán solucionar las normas comunitarias. Una interpretación amplia de las posibilidades de los Estados Miembros para denegar prestaciones sociales (y, por tanto, limitar o derogar el principio de igualdad de trato) podría contradecir el espíritu y la letra del Reglamento 883/2004. Baste, a estos efectos, pensar en algunos de los casos que la doctrina ha planteado⁵²; por ejemplo, nacional de un Estado A que se traslada a un Estado B y comienza a trabajar allí; después de tres meses pierde su empleo porque no cumple las expectativas de su empresario. Sobre la base del art.61 del Reglamento 883/2004 tiene derecho a los beneficios de desempleo del Estado de acogida (B) computando los períodos de empleo completados en otro Estado, incluido su Estado A. De conformidad con el art.7º.3 de la Directiva 2004/38 podrá retener su estatuto de trabajador por al menos 6 meses (lo que quiere decir que el Estado B no está obligado a considerarle trabajador en el sentido de la Directiva 2004/38 después de ese período de seis meses). Sin embargo, pasado ese período podría tener todavía derecho a los beneficios de desempleo en el Estado de acogida de acuerdo con la legislación nacional en relación con la regulación del Reglamento 883/2004. La interpretación amplia tras *Alimanovic* y *García Nieto* permitiría que el Estado de acogida considerara a esa persona como económicamente inactiva sujeta, por tanto, a la demostración de suficientes recursos y, por tanto, que retirara la prestación de desempleo y otros beneficios sociales, incluidos los beneficios familiares.

Por eso, aún queda definir si, definitivamente, el “derecho de residencia” en los términos concebidos por la Directiva 2004/38 puede utilizarse también para determinar el acceso y extensión de prestaciones que, a efectos del Reglamento

⁵¹ LIÑÁN NOGUERAS, D.: “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013,. Expresa al respecto (pág.363): “lo cierto es que los derechos de ciudadanía, aunque conecten con contenidos esenciales de derechos fundamentales, por su naturaleza y su origen se acercan más a «privilegios» derivados de un vínculo especial con el poder (normalmente el de nacionalidad) que a derechos inherentes a la condición humana cuya universalidad es hoy incuestionable”...” Guste o no, los derechos de ciudadanía mantienen una «singularidad» frente a los derechos y libertades fundamentales muy acusada y su tratamiento unitario es un esquema conceptual puramente político con nocivos y perturbadores efectos en lo jurídico”(pág.365).

Sobre la vinculación de la ciudadanía de la Unión a los derechos fundamentales de la Carta, JUÁREZ PÉREZ, P.: “La inevitable extensión de la ciudadanía...”, cit., 2011. También VERSCHUEREN H.: “Preventing benefit tourism ...”, citr., págs.386-387

⁵² VERSCHUEREN, H.: “Preventing benefits ...”, cit. 379-380

883/2004, no son prestaciones económicas especiales no contributivas (no están incluidas en su Anexo X) y, por tanto, entran en la definición de prestaciones de Seguridad Social para las que están previstas reglas de coordinación amplia.

En la actualidad, aún está pendiente un recurso por incumplimiento (Asunto C-308/2014) planteado al TJUE por la Comisión Europea contra Reino Unido por exigir este Estado un “derecho de residencia” (right to residence test) para reconocer a los ciudadanos comunitarios que se encuentran en su territorio prestaciones de seguridad social; en el supuesto prestaciones familiares (ayuda por menor a cargo y crédito fiscal por menor a cargo⁵³). Se trata de determinar si en este caso (y por extensión, habría que pensar, respecto de otras prestaciones de Seguridad Social en los términos del Reglamento 883/2004) hay que aplicar el concepto de residencia (residencia legal) de la Directiva 2004/38.

Sobre este caso ya hace tiempo que se dispone de Conclusiones del AG (6 de octubre de 2015), en las que se expresa: i) que esas prestaciones deben entenderse como de “seguridad social”, a los efectos del Reglamento 883/2004 (son prestaciones familiares); ii) los derechos que reconoce esa norma comunitaria son derechos dirigidos a garantizar la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos comunitarios en las “condiciones legales en las que se dicha libertad se reconoce”, es decir, en las que define la Directiva 2004/38; iii) un Estado Miembro sólo está obligado por el Reglamento 883/2004 a otorgar prestaciones sociales como las prestaciones familiares a un ciudadano de la Unión que está ejerciendo su libertad de circulación y de residencia regularmente en su territorio, es decir, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Directiva.

NO puede olvidarse que ésta era una de las reivindicaciones de Gran Bretaña en sus negociaciones con la UE de hace unos meses. Conforme a las Conclusiones del Consejo Europeo de febrero de 2016, la Comisión propondrá una modificación del Reglto 883/2004, a fin de dar a los Estados miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el niño⁵⁴. Queda por ver, entonces, cómo resuelve el

⁵³ La ayuda por menor a cargo («child benefit») y el crédito fiscal por menor a cargo («child tax credit») son prestaciones en metálico financiadas con cargo a impuestos, y no a cotizaciones de los beneficiarios, y su finalidad común es contribuir a cubrir los gastos familiares. (43) Para la concesión de ambas prestaciones, la legislación británica exige que el solicitante se encuentre en el Reino Unido. Este requisito sólo se cumple si el solicitante: (a) se halla físicamente en el Reino Unido; (b) tiene su residencia ordinaria en el Reino Unido, y (c) tiene un derecho de residencia en el Reino Unido.

⁵⁴ Lo anterior, se dice “solo debe ser de aplicación a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2020, todos los Estados miembros podrán hacer extensiva la indexación a peticiones existentes de prestaciones por hijos ya exportadas por trabajadores de la UE. No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensivo a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación;

Caso planteado en el recurso por incumplimiento el TJUE; sin poder aventurar al respecto, sí cabe cuando menos dudar que éste se aparte del acuerdo adoptado y, por tanto, que extienda el derecho de residencia en los términos formulados por la Directiva 2004/38 también a las prestaciones de Seguridad Social.

Sin duda, tras las sentencias del TJUE y con fundamento en el criterio amplio sobre las posibilidades de los Estados Miembros en la denegación de las prestaciones de subsistencia, así como atendiendo a las propuestas de modificación de las normas comunitarias en el último Consejo Europeo de febrero de 2016, los Estados Miembros podrán avanzar en el que ya hace tiempo se configuraba como un modelo condicional o limitado del derecho de residencia. Ya ocurrió así en España, que, tras adoptar un criterio amplísimo en la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios en el RD 240/2007, en 2012 modificó esa norma, incluyendo expresamente el sistema gradual de ampliación del concepto de trabajador previsto en el art.7º de la Directiva 2004/38.

El cambio de rumbo en la doctrina del TJUE permitirá que España pueda introducir reglas legales orientadas a : 1) fijar el período de prolongación de la condición asimilada de trabajador (cumpliendo el mínimo de 6 meses); 2) denegar las prestaciones sociales de subsistencia, incluidas las que pudieran tener una finalidad de inserción laboral, a los demandantes de primer empleo comunitario en su territorio; 3) incluir en su legislación un período de espera para poder percibir las prestaciones de ese tipo a quienes no son trabajadores o no disponen de la condición asimilada. Todo ello en espera de las reglas comunitarias que, al efecto, se dicten en un futuro.

RESUMEN

Las sentencias del TJUE de 2015 y 2016 (Casos C-67/14, Asunto *Alimanovic* y C-299/14, Asunto *García Nieto*) plantean, de nuevo, el alcance del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia de los ciudadanos comunitarios que, sólo de forma indirecta y mediata, pueden ser considerados económicamente activos en el Estado de acogida. La interpretación restrictiva del TJUE deriva de la concepción ambigua en el Derecho de la Unión Europea sobre el estatuto de los ciudadanos de la Unión y podrá ser utilizada por los Estados Miembros para denegar solicitudes de prestaciones de esa naturaleza a los ciudadanos comunitarios desempleados de larga duración y demandantes de nuevo empleo en el Estado de acogida.

Palabras claves: Ciudadanía Europea; Ciudadanos Económicamente inactivos; Desempleados; Demandantes de Empleo; Libertad de circulación; Prestaciones sociales de subsistencia; Derecho comunitario de residencia; Asunto Alimanovic; Asunto García Nieto

Abstract

The judgments of the ECJ of 2015 and of 2016 (Cases C-67/14, *Alimanovic and C-*), state the scope of Citizenship EU's rights; in particular, the claim to social benefits of the host State by the Economically Inactive EU Citizens. The narrow interpretation of ECJ is based in the ambiguity and unclear scope of EU Citizenship in the EU Legal Framework about Free Movement Right. The UE States will be able to refusal social benefits to long-term unemployed citizens of EU and second-time jobseekers in the host EU State.

Key words: EU Citizenship; Economically Inactive Citizens; Unemployed persons; Jobseekers; Freedom Movement; Social Benefits; EU Right of Residence; Alimanovic Case; García Nieto Case